

## ● 論 説

中国法の諸相

## 清末における

## 法律の近代型転換に関する論考

張 晋 藩

(訳 吉川 剛)

●●●●●

## 日本の読者に向けて

中国は悠久の歴史をともなった法制文明を擁する古い国であり、四千年あまりの歴史の発展のなかにあっても、それはこれまで途絶えたことはなく、世界にあっても、そうした系統性、完成度、典型性を具えていた古い文明国は数少なかった。このことから著名な世界法系の一つであると公に認められている。中国は、唐の時代のころより、その法文化は周辺国家に対して積極的な影響を与えてきた。日本、朝鮮であろうと、ベトナムであろうと、異なる時期の法制建設において、いずれもが中華法制文明の合理的部分を吸収し、またその伝承と革新をおこなってきたのである。

中国法制の歴史は、輝ける過去を有してはいたが、一八四〇年のアヘン戦争以前に、その保守性と立ち後れが、充分に露見されてしまっており、このため「変わらざりしも亦た変わる」といった情勢におかれていた。アヘン戦争は、中国の国門を開かせ、西洋の近代法文化が中国において急速に伝播され、中国社会の政治、法律、文化などの多岐にわたって巨大な変化を引き起こした。このことから、中国における固有の法律は、近代型転換に向かって動き始めたのである。清末は中国における古代法の終結であるだけでなく、近代型転換へと向かう端緒でもあり、その成果と不備、経験と教訓は考究する価値がある。拙論は「清末における法律の近代型転換に関する論考」を題として、論述を進める。

なお、本論は日本の友人との約束により執筆したものである。

## 序

一八四〇年のアヘン戦争以後、清朝は「三千年來未曾有の非常事態」に直面しており、富国強兵、司法主権の回復のために、やむなく祖法を改革し、西洋式の方法を導入することにより中国法制における近代型転換の幕が切つて落とされた。半世紀あまりの時間の中で、伝統的な中華法系は解体され、西洋を手本とした近代的法律体系を初歩的に打ち立て、またさらに、司法制度改革の実験をおこなったのである。このことは中国数千年來における法律の発展が経験したうちで最大の変革でもあった。この期間において、貴重な経験があっただけでなく、重苦しい教訓もあり、これは真剣に総括、検証する価値がある。このことは、目下の社会主義法制の発展を促進させることに對して、あるべき作用を果たすにちがいないであろう。

## 一

清末における法律の近代化へ向けての型転換において、その主たる表れは法律形態の西洋化である。中国の伝統的

法律形態から中国における近代西洋型の法律形態への転換は、中国における法律近代化の幕を開いたのである。それは、中華法制文明内部の自己変革ではなく、激しい外部からの圧力のもとに、国家の富強、民族の存亡のために、余儀なく進められた一場の根本的変革であつた。

中華法制文明は四千年あまりの発展の歩みを経て、独自の一派をなす法律体系を形成させただけでなく、豊富な法文化の内容としつかりとした学識を蓄積させてきた。そして、それは歴史の古い国である中華帝國に潤いをもたらした、また近隣の国家ならびに地区の法制建設にとつてのお手本となつたのである。それは相当長きにわたつて世界における法制文明の先端におかれていたのである。だが、この中国という閉じられた国家環境、自給自足の農本主義に基づく経済構造、さらに專制主義をともなつた体制といったことから、中国における法律をして、ゆつくりと長い発展過程にあつては、縦向きの伝承と継承、法律の一方的輸出をさせたのみであり、横向きの比較、参考、吸収をさせることはなかつた。それは、他の国家との法文化におけるインタラクティブな相互作用方式による交流に乏しく、異質な法文化の影響・浸透、衝突や競争が不十分であつたため、この法律体系は、本質において、千年不変の閉じた状態に置かれてしまい、独立性、模範・典型性をもつというだけではなく、孤立性もあるといった結果を生じさせた。

この状態は、一八四〇年に起きたアヘン戦争によって、ついには打ち破られたのであり、中国は世界体系の中に融合し始めたのである。中国の伝統法制の後進性および弊害も不可避免的に明るみにだされたのであった。

秦漢の時代以降、中国の伝統法制は、根本から述べれば、封建専制国家の治国の道具であり、その価値指向 (value orientation) は西洋近代期に形成された法制文明の標識性要素、例えば憲法、法治、権利、司法独立、弁護士制度などとは全く相容れないのであり、場合によっては全く正反対となることすらあった。近代世界体系に踏み入れた後の中国にあつて、祖法を墨守することは、すでに、日毎に厳しさをます危険な情勢と新たに発生した法律関係に対処する方法ではなく、変わらざりしも亦た変わるの情勢におかれていたのであり、有識の士は、努めて西洋国家のモデルに照らして、中国を改造し、中国を救うことを求めたのである。このことから、法観念もかつてなかった程の革新がなされ始めたのであった。

### (一) 祖法の墨守から師夷変法まで

清朝の統治者は祖先が遺してきた輝かしい遺産を頑なに崇拜したことから、清代中葉に至つて以降は、中国の法律は自己発展の能力をすでに失つてしまった。だが、嘉慶帝は天理教徒の乱を鎮圧し、その驚きが治まったころ、直ち

に官員に「法律を守り公事に励むこと」を要求し、それによつて旧制を強化した。彼は「祖宗の法」を用いて、「法度改正を騒然と言ひ争う」といつた改革の呼び声に対抗したのである。第一次アヘン戦争前夜までずっと、道光帝は「天は変わらずして、道も亦た変わらざる」の教条を依然として施行し、「率ひて旧章に由る」(古い制度を踏襲する)を主張し続けたのである。アヘン戦争の敗北に至り、中国は天が崩れ落ち地が裂けるほどの変化が起こつたのである。人々はなぜ当代に比類なき天朝の大国が意外にもあのような一撃に耐えられないのかと思案し始めたのである。彼らは目を大きく開いて世界を見つめ始めただけでなく、この世界というものをよく知らねばならなかったのもある。その上、その中から自らを救う方法を獲得し、法観念上の具体的表現としては、祖宗の成法を墨守することから、祖宗の成法を批判することに転じ、とりわけ「師夷変法」の新たな観念を生み出したのである。アヘン戦争を経験した魏源は、「外国の得意な技能をもつて外国を制す」の主張を明確に提起した。彼は『海国図志』序言のなかで、この書を編んだ目的は「夷をもつて夷を攻めるために作り、夷を以つて夷に款むために作り、夷の長技を師として以て夷を制すために作る」であると鮮明に述べたのであった。馮桂芬は「校邠廬抗議」の中で「法、苟も善からざれば、古先と雖も、吾、之を斥け、法、苟も善ければ、

蜜貊と雖も、吾、之を師とす」と述べてもいる。師夷とは物質文化を輸入することだけに限られるのではなく、政治法律文化も含まれるのであり、それは、中国における伝統的法觀念に発生した重大な変化を表しているだけでなく、西洋法文化の広範な輸入と伝播にとつての世論的準備を生み出したのであった。

## (二) 三綱の擁護から三綱の批判まで

漢代以来、三綱は、即ち君為臣綱、父為子綱、夫為妻綱、長らくずっと国家立法における指導原則であり、司法実践における定罰量刑の尺度であった。宋の理学者はさらに三綱を天理として奉じた。清末の思想家である何啓、胡礼垣、陳熾といった人たちは、そのいずれもが、社会の激変によつて、批判の矛先を三綱に向けたのであった。その最も代表的人物は譚嗣同である。彼は歴代の君主はすべて国家を私産し、「天下の民を犬馬土芥とし」、「一切残毒にして私議する可らざるの法」を制定し、これにより庶民を<sup>(1)</sup>圧迫してきたことを暴き出したのであった。彼はさらに論を進めて、父権と夫権を非難し、父子は「居を別け、財を異にする」ことも構わないと考え、父母が生きている間は、子孫が財産を自由に処分し、籍をわけ財産を別にしてはならないとの規定に反対した。また男女は「同じく天地の菁英たる」と考え、平等の権利があるべきだとも見なし

たのである。三綱を批判する言説は、当時においては人々を目覚めさせる作用を果たしたのであり、それは封建的な倫常の墓石を揺り動かしたばかりか、封建的法律制度の最も重要な準則と最も核心たる内容に及んだのである。

## (三) 専制神聖から君主立憲まで

最後の封建王朝としての清朝では、専制制度がさらに極端化の方向をとり、皇帝の威令は独断となり、いかなる制約を受けなかった。鎖国令が解かれて後は、西洋の政治法律文化が中国に流入したことから、有識の士は西洋における富強は議会民主制度に根源をもち、そして清朝の衰えにあっては、その専制制度に根源があると次第に意識するに至った。君権神聖の觀念はだんだんと君主立憲へと向きを変えていったのであり、このことは清末における政治変革の基本思想を左右するものであった。早期の改良派により形成された世論から、康有為、梁啓超の戊戌の変法に至るまで、これらはいずれもこの政治的道筋に沿って行われたものである。一九〇〇年の義和団運動以降、制度を根本から変革すると主張した慈禧太后も立憲による制度改革を宣布したのであり、このことは中国における君憲主義者の三十有余年にわたる努力の結果であった。専制神聖から君主立憲にいたったことは、中国における近代政治体制上の重大な変革であり、たとえ、それが不徹底、非全面的、余儀

なくされたものであったとしても、やはり一定の意義を有するものである。

#### (四) 「以人治国」から「以法治国」まで

長らく続いた中国の古代にあって、人治は国家機構を運営するための槓桿であった。人治の主導のもと、たとえそれが賢人政治であろうとも、その実質はやはり官治そのものでしかあり得ず、これは専制制度によって決定付けられていた。西洋の法文化の流入にともなうて、法治思想は中国の開明官僚と知識層にも理解、受容されることとなった。厳復は、法律を国民の人権を保護し、社会の正常なる秩序を擁護するための必要な手段であると見なしており、国家、人民であろうとも、「皆な法を待ちて後、一日の安有り」(法をそなえて後に生活の安泰がある)とした。さらに梁啓超は、中国が生存自強を求めるならば、法制を強化し、法治を實行しなければならず、「法治主義が今日の危機を救う唯一の主義」であると激しく指摘した。<sup>③</sup>法治思想は、次第に、これまでの伝統的な「治人」と「治法」つまり「治人有りて治法無し」とする認識に取って代わり始め、開明思想家における斬新な法観念、また、このために奮闘する目標となったのである。

#### (五) 司法と行政の不分離から司法独立まで

中国古代にあっては司法と行政は分離しておらず、司法権は行政権に從属していた。国家の最高責任者として皇帝は、最終の司法大権を掌握していたのであった。清朝の死刑再審査制度である秋審大典制度は、その参加者の多数が行政官である。死刑犯の刑の執行については、皇帝の裁可を必要とされた。この制度は清朝まで続けられ、さらに厳格となっていた。西洋の法文化の流入にともなうて、三権分立は政治改革の一部として、日程にのぼられ、康有為は「近頃のヨーロッパの政論はみな三権をいい、政治を議論する官があり、政治を行う官があり、法を司る官があり、三権が立つて、然る後、政体が備わる」<sup>④</sup>と述べた。章太炎は資産階級議會制度に対してはかなり遠回しな批判をしていたけれども、だが三権分立に対してはあくまで堅持していた。彼は司法独立を實行することを賛美し、「司法は元首の属僚とならず、その長官は總統と敵対し、役所の処分・官民の訴訟は、これを主管し、總統といえども罪があれば、逮捕追及し罷免せねばならない」<sup>⑤</sup>とする。清末の司法改革こそは、司法独立といった観念による指導のもとに、分権という方向に沿って進められたのである。

以上、中国における法観念の更新についてのあらましを見て取ることができる。法観念は伝統という一端から近代

化という一端へと転じ始めたのであり、経済、政治の急激な変革の中で現れてきたのであり、また、人それ自身をも変革したのである。法觀念の転変は、政治法律制度改革に對して、誘導・方向付け作用を果たしたのであり、法制的近代化のために思想的原動力を提供したのである。

## 二

一九〇〇年の義和團運動以後、清朝の頑迷な統治者は、すでに旧来の方式に基づいては、統治を維持し続けることができなくなっており、余儀なく改革、新政を宣布しなければならなかったのである。一九〇五年、またも憲政のうねりに推進されて、予備立憲を宣布したのであった。予備立憲を行う必要により、沈家本と伍廷芳を修訂法律大臣に任命し、旧律の修訂と新法の制定にあたらせた。清末における修律は、憲政による必要といった以外、さらには西洋の侵略者が奪取した領事裁判権を回収するためであった。

西学東漸の後、西洋法文化の影響のもとに、新法を制定するために、重要な思想上ならびに理論上の準備が提供され、しかも予備立憲という政治環境は、新法を制定するために、必要な政治的基礎を提供したのである。このことから、十年に至らない時間のうちに、二千年あまり踏襲されてきた「諸法合体」した基本法典の編制原則が改められた

のであり、実体法と手続法を明確にし、刑法と民法、そしてそれらと商法との分業をはっきりさせ、法院組織法を編制し、いくらかの行政法規を制定・公布し、司法機関と訴訟裁判制度を改革したのであった。全体的に述べれば、西洋をモデルとした近代法律体系が固有の封建的法律体系に取って代わったのである。

### (一) 憲法性文件

光緒三四年（一九〇八）、清政府は「欽定憲法大綱」を發布した。これは中国近代における最初の「憲法」である。「欽定憲法大綱」は形式の上では、真正なる意味の憲法ではない。その内容にあつては、君上大権が主に規定され、臣民の権利に至つては、付録に列せられたのみであつた。だが、君上の権力が法律によつて規定されたのであり、このことは専制制度のもつて、「口に天の憲を含み、言を出せば法と為る」とする皇帝の立法権に対する疑いようなない制限なのである。臣民の権利に対する規定は、その範囲は狭くしかも保障を欠いていたけれども、しかしかえつて民衆は単に義務主体として存在するといった状態を変えたのであり、このことは民衆の権利意識の覚醒に對して一定の意義をもつものである。このほかにも「各省諮議局章程」と議員選挙法、「資政院章程」と議員選挙法が公布され、これらはいずれも清末における予備立憲の産物である。



## (二) 「大清刑律」

「大清刑律」は、清末の修律において、最も早く実施に移された成果であり、最も代表性を備えた成果である。

「大清刑律」の制定過程は二つの段階に分けられる。まず最初の段階は、「大清律例」から縁座、戮屍、梟首などの酷刑を削除し、「大清律例」にある民事条項を分離抽出することを通じて、現行刑律に対する削除、修正を完成させる。「大清現行刑律」は「大清刑律」へと向かう過渡期段階の産物である。この後、日本人法律家の岡田朝太郎の協力の下に、「刑名を改める」、「死罪を減ずる」、「死刑を一つとする」、「比附を削除する」、「矯正教育」の修律原則に照らして、宣統三年（一九一一）に「大清刑律」の制定と公布が完成され、総則と分則の両編を合わせて、全五三章四二一条からなる。「大清刑律」は西洋資産階級の刑法に照らして、伝統的な刑制を改め、死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘留、罰金の五つの主刑と公権剥奪、没収の二つの附加刑に分けた。同時に近代西洋の刑事立法三大原則も移植され、罪刑法定主義、罪刑相応、刑罰人道主義が条文化された。社会の性質と国情の変化、そして経済の迅速な発展にともなって、一連の新たな罪名が加えられた。例えば内乱罪、外患罪、国交妨害罪、選舉妨害罪などである。「大清刑律」の制定過程にあつては、守旧派の攻撃をずっと受

けたのであり、このため、後に五条を付した「暫行章程」を加えねばならなかった。これには主として以下がある。皇帝が乗車する乗り物に危害を加える、内乱、外患、尊属親への殺人と傷害などを犯し、死刑に処すべきものは、旧来通りに斬刑を用いること、夫なき婦女と姦通したものは、双方それぞれに五等の有期徒刑、拘留または百元以下の罰金に処すること、尊属親に対し犯したる場合には正当防衛を適用せざるなどである。このように、資本主義的性質の刑法典がだされた後に、封建主義的暫行章程が付加されたことは、沈家本を首班とする法治派の妥協を表しているのである。「大清刑律」は公布はされたが、実施されるに至らなかったのである。

## (三) 「大清民律草案」

修訂法律館は、「世界にあまねく通用する法則に注意する」、「根本を原ねた後に<sup>たず</sup>出た最も正確である法理」、「中国の民情に最も相応しい法」、「改善・進歩に最も利益が見込まれる法」という四項の原則に基づいて、光緒三十四年（一九〇八）に大清民律の制定が開始され、日本人法律家の松岡義正によって総則、物権、債権の三編が起草され、修訂法律館は礼学館と共同して親族、相続の二編を起草した。宣統三年（一九一一）に完成、計五編、三六章、一五六九条からなる。これは中国立法史において最初に集中的に編

纂された民法典である。前三編は日本、ドイツ、スイス民法典から多く採用され、あとの二編には家族主義が依然として採用され、ある種の封建的法典における民事条項が温存された。公布に至らなかったため、民律一草と通称される。

#### (四) 大清商律

鎖国令が解かれて以後、外国商品が、まるで潮の如くおし寄せるような勢いで、入ってきたのであり、中国における民族工商業はひどい損害を被ったのである。このため有識の士は「商戦」をもつて自らを救うことを提起した。この期間において、清政府も商人を奨励するいくらかの章程および「商人通例」、「公司律」などの法律を制定、公布した。光緒三四年（一九〇八）、修訂法律館は、日本人法律家の志田鉀太郎などを招請し、商律編纂に助力を求めた。商律は全部で総則、商行為、公司法、票据法、海船法の五編に分かれる。一時は修正、改訂作業の完成が難航したことから、農工商部は、先に「改訂大清現行商律草案」を制定した。それは全一三章三七条からなり、宣統二年（一九一〇）に完成された。この草案は総則編と公司編の二つの部分に分かれ、中国固有の商事習慣ならびに通用する商法原則に、かなり多く配慮したものであったが、施行には至らなかった。

#### (五) 訴訟律草案

訴訟律草案には「刑事訴訟律草案」と「民事訴訟律草案」が含まれる。修訂法律大臣である沈家本は「刑律を体となし、訴訟を用となし、二者相ひ維繫となり、固より偏廃を容れず」（刑と律を本体とし、訴と訟を作用として、二つが互いにつながり、ほんらい、どちらかに偏ったり、どちらかを捨てたりする余地のないものだ）と考えていた。このため、訴訟法の制定活動はかなり早くから開始されたのであった。紆余曲折を経て、宣統二年（一九一〇）に「刑事訴訟律草案」計六編、一五章、五一五条が完成された。それは西洋近代の訴訟原則と制度、例えば民事と刑事を分離、裁判の公開、陪審制度と弁護制度の実施、刑具による尋問や自白強要の廃止などが導入された。同時に、「民事訴訟律草案」計四編、二二章、八〇〇条が完成され、西洋国家の民事訴訟で通用される当事者本人主義、法院不干涉および弁論主義などの原則が採用された。これは私権に対する重視の表れであった。この二つの訴訟律草案はともに、清朝の滅亡により公布施行されるには至らなかった。

#### (六) 法院編制法

修訂法律館は司法独立の原則に基づいて、相次いで「大



理院審判編制法」、「京師高等以下各級審判庁試辦章程」、「各級審判庁試辦章程」および「法院編制法」などの法律法規を制定した。宣統二年（一九一〇）に頒布された「法院編制法」は、日本の「裁判所構成法」を手本として、各地司法機関の改革経験を総括した基礎の上に完成されたものであり、計一六章一六四条からなり、主として四級三審制からなる司法機関体系と各級檢察庁の設置を規定し、特に行政主管と檢察官は均しく法官の裁判に干渉してはならずと規定しており、それにより司法独立を確保した。

上述した内容をまとめると、清末は修律を経て、大陸法系の近代法律体系をすでに打ち立てたのである。これは偶然ではなく、中国は古来より制定法の伝統を有しており、そして修律の過程において、大陸法系に属する日本法もまた多く採用され、修訂法律館内部の構成員も大陸法系の教育を多く受けていたからであり、とりわけ当時は近代法律に通じた人材が極めて不足していたこともあり、英米法系における判例法を執行し得なかった。

清末に修訂された法律は、その多くが施行されなかったけれども、むしろ民国期における法制建設に対して、重要な基礎を提供したのである。長くない時間のなかで、四千年の蓄積をもつ中華伝統法制は、西洋型法律形態を特徴とする近代中国法制へと基本的に転換したのであり、それは西洋法制近代化が数百年歩んで来た過程を凝縮したもので

あり、その変化のスピード、変化の程度の深さ、規模の大きさ、範囲の広さは、中国における法制変革史にあつては、空前のものであり、世界の法制変革と発展の歴史においても珍しいものである。

### 三

中国法制の近代化の過程は、中国法制の西洋形態化の過程と同じではない。法制近代化は西洋近代化であると、単純、一面的に理解してはならないのである。発展の角度から考察すれば、法制における近代化とは、休むことのない一つの進行過程であり、法律が最終的に消滅するまでずっと続くのである。西洋形態化は、法律近代化のすべての進行過程として概括してはならないのであり、ある特定の歴史的条件下における選択にしか過ぎないのである。清末の法制型転換の過程にあつては、確かに西洋における法律形態を標準として、西洋における法制文明を、積極的に移植、導入、吸収したことから、外側に傾く運動方向が現れたのであり、これは余儀なく行うことから自発、能動的に行うことへの過程であり、無自覚から自覚への過程なのである。このほかには、中国の法律における近代化へ向けての転換には、内側に傾く運動方向もあり、即ち「中国化」の要求である。これは法律における西洋形態化と結び

ついで、完全な意味の上での法律近代化に向けての型転換を共同で構成したのである。残念なことは、清朝での法律の近代型転換期間にあつて、いかに西洋の法律を中国化するかという内向性運動に、重大な欠陥を生じさせたことである。

近代型法律の中国化の問題について述べれば、その進行はより複雑で困難なものであり、この問題の解決と解決の程度は、ある意味からすれば、法律近代化が実現された程度を、はつきり示していると言える。

清末期、有識の士は富国強兵、外国が奪取した領事裁判権の回収を、変法修律の動因としており、中国と西洋に通曉する方針を提起したのだけでも、西洋国家の要求に対応するため、その着眼点は主に西洋化であり、通曉することではなかった。法律形態から見ると、この時期の変革は未曾有のことであり、その意味も深遠なものである。だが、この時期の法律制度の変革は、予期したほどの社会効果を果たすわけではなく、新たに制定された法は、中国の社会的实际から遊離するか、社会生活まで深く浸透し得ずに紙の上に止まるかであつた。なぜこうした現象が出現したのであるか。これは偶然ではなく、それは、その当時に移植された法律制度が国民に本當に受け入れられておらず、中国の本土文化と相互に融合していなかったことと直接の関係がある。中国が採用した西洋形態化された法律制

度は、中国の文化的土壌の中に根を下ろすことはなかったと言うこともできる。見たところでは頗る先進的なこうした制度は、「中国化」がなされなかったことから、実際上は、そのあるべき作用を果たすことができなかったのである。清末に制定された一連の法律は、次に登場する民国での立法に対して、資料と経験を提供したに過ぎないのであつた。

西学東漸以来、国民は、西洋近代の議会制度と法制を救国の万能薬として広く隔々にまで採用すれば、西洋形態の法律と政治制度を導入、実施しさえすれば、すぐさま中国は一夜にして、米英日独といった列強諸国の側に立てると考えたのである。だが、変法修律を通じて、西洋近代の法律形態を積極的に吸収しても、西洋列強に領事裁判権を放棄させることさえなかったし、広範な国民に対して民主、人權と自由をもたらすこともなかったのである。當時にあつては、こうしたことに対して、憤慨する者もいれば、戸惑う者もいれば、悲観する者もいれば、模索する者もいれば、声を上げる者もいれば、何度も挫折を重ねる者もいた。このことから、国民の頭の中に疑問を生じさせないわけにはいかなかった。つまり、中国法制の近代型転換の道筋はどのように歩むべきであろうかということである。このことから、国民は答えを不断に探求することとなった。人々は成功した経験と失敗した教訓を総括することによつ

て、我々が西洋の優れた政治法律などの文明成果を移植する時には、やはり上述した文明成果を必ず中国化するべきであり、これを中国の社会的必要とその實際に相互に結びつけさせ、中国の優れた文明成果と相互に融合させるべきであり、このようにしてこそ、やつと全面的、健全で確かな法制型轉換の道であると次第に認識するに至ったのである。

この問題については、いくらかの外国の学者もとてもはつきりと見ていた。いわゆる「岡目八目」である。ここでは二つの例を挙げるに止める。一つは日本人法学者の有賀長雄が民国初年に中国政治と法律問題に対しておこなった考察であり、もう一つは米国人法学者のパウンドが四〇年代後期に論じた国民政府の立法問題についての総論である。

有賀氏は、かつて民国成立後に、北京政府法律顧問を務めたことがある。彼は民国二年の、政体問題に関する国内の議論に焦点をあて、関連する論文を執筆した。その中で「共和政体の憲法を制定し、国民心理を重視すべきである。国民心理が不公平と見なすことをおろそかにしたならば、憲法が成立したとしても、長くは維持できないのである、しかも、かかる不公平は、即ち憲法の根源を、他日打ち壊すことになる」と指摘したのである。<sup>(6)</sup> また彼は、「いかなる国の憲法であろうとも、同じく歴史から遊離してい

ない。現在の国家権利の關係は、過ぎ去った關係から自然と發展してきた。ゆえにまず過ぎ去った歴史を解剖し、現在そうなっている理由を明らかにする。その後、将来の國權編制の基礎を確定するのが、堅実で安定した道である。もし、本国の過去を置いて顧みず、わずかに外国の現在だけをみて、性急に憲法の編纂をするのは愚かであり、深く恐れるのは、法理の上で採用する必要のない規定もまとめて採用すると、後日に莫大な禍根をのこすこともまだ知られていないことである」とも述べている。<sup>(7)</sup> 有賀氏は、袁世凱が後に、共和制を君主立憲制に改めた時に、賛成の態度を持っていたのだけでも、この時、彼はやはり共和制を維持するといった、その立場から建言したのである。

彼が提起した問題は時代の悪弊をまさに指摘したものであった。例えば、彼はいかにすれば憲法を長らえさせられるかという問題を着眼点に据えて、そこから出発し、中国憲法の編纂は「国民心理を重視すべき」であり、「本国の過去を置いて顧みず、わずかに外国の現在だけをみて、性急に憲法の編纂をする」ことをしてはならないといった問題を提起したのであり、また中国が憲法編纂に起因して意見が分かれることによって引き起こされるであろう「極めて大きな禍」に対する警告も提起したのである。これは、彼が中国における法律近代化に向けての型轉換における危険な兆しを見ていたことを物語っており、またこの「禍

根」を避ける方法も提起したのである。有賀氏は、袁世凱の帝政復活を支持したことにより非難を受けたが、彼の上述した論点はいへん洞察力を有するものである。つまり、中国における法律移植、中国における法律と政治変革は、中国における実際の必要に必ず合致すべきであり、中国の国情と必ず相互に適応すべきであり、理想にのみ依拠して、純潔で完全なものを追求してはならないのであり、もし追求するのであれば、それはとても実現が難しいのである。だが、しかるに法律の移植には、本土化という近代法律型転換における重要な問題が要求されるのであるが、当時であって、国民はこれに対して理性的認識に欠けていただけでなく、感性的体験も不足していたのである。

南京国民政府の時期に至ると、清末および民国初年の教訓をめぐって、西洋の法律形態を、いかに中国本土化させるのかということが、次第に一つの趨勢となった。この時、有賀氏より三三年遅れて、中国政府法律顧問に就任した米国人法学者のパウンドも、やはり、当時の中国における立法について、有賀氏とほぼ一致した考え方をもっていた。パウンドは「憲法を制定する際に最も注意すべき点は、やはり憲法の内容をして、一国の歴史と文化的背景および社会環境と調和させることである。立憲政治も、短期間のうちに、ただ理想に基づいてのみ創造されるものであつては決してならない。立憲政府は一国の人民がもとか

ら有している文物制度および伝統における理想の中から次第に形成、発展してくるのであつて、成長した後に、任意に、ある一国から別の国に移せるものでは決してないのである」と述べている。<sup>8)</sup>「革命後の中国に、現代的法律制度を構築しようという要求が現れた際、中国は、過去の法学、政治ならびに倫理制度の基礎の上に自己の法律を発展させる時間がすでになくなっている」といった情況と問題に対して、パウンドは「もし実行可能であるならば、漸進的転換が、よりよい選択であると言える」と認識していた。パウンドが言うところの「漸進的転換」とは、中国が西洋の法律を移植するにあつて、一面では、中国の「伝統的民族習慣と制度を……、法典の不調和因子として存在させるべきではない。それにより法典の不一致と異常、例外をもたらすことになる」ということを指している。別の面では、法典と調和がとれている「伝統的習慣の正当なる用途は、法典を中国人民の生活に接近させるところにある」とする。彼は「記憶にとどめておくべきことは、それは中国の法典であり、中国人民に適用されるのであり、中国人民の生活を規範するものである」ことを強調した。<sup>9)</sup>パウンドの議論は反対者の批判を受けてもいるが、指摘しておくべきは、社会の主流は賛同の声であつた。

ここで、「中国化」（法律を指す）というこのキーワードに対して、もう少し分析を加える必要がある。いわゆる

「中国化」とは、西洋の法律と制度を導入、移植するにあたっては、教条的、機械的にそっくりそのままの通りに行うことによって導入、移植された西洋形態の法制の成果が、中国の実際ならびに中国の国情からの遊離を引き起こすという現象を避けねばならないのであり、中国における歴史的伝統および現実における実際情況、さらには、未来の発展における需要に基づくべきであり、全面的開放が必要であるばかりか、念入り細心な選択も必要なのであり、これを中華法制文明体系の有機構成要素とさせ、中国に西洋法制の成果を吸収させ、世界の先進文明と融合させる歴史過程において、中華法制文明の全面的革新を実現させることを指すべきなのである。具体的に述べれば、以下のいくつかの点が含まれるべきである。第一に、「中国化」

は外来の法律文化を排斥しないのであり、まさに反対に、西洋法制文明のなかにある中国にとって用いることのできる先進部分をよりよく確実に吸収することである。第二に、「中国化」は旧来の方式を墨守することではないのであり、まさに反対に、西洋法制文明の中の、世界と中国にいくらか有益な積極的要素を用いて、中国の法文化の中で、それらを豊富にさせ、補充させて、中国法文化のなかの劣った、消極的成分を改造させ、中華法制文明の新たな品格を形作らせることである。第三に、「中国化」とは中華法制文明の優良なる品質と優秀な成分を継承し発揚する

ことであり、西洋法文化の中のものよりよくない点と消極的成分を放棄することである。第四に、「中国化」の内在的推進力と趨勢は、中国社会の現代化への型転換を実現することであり、中華法制文明がさらに一段と発展することであり、中華民族における全面的復興なのである。

清末の法律近代化への型転換が経てきた過程を総括し、そこから見いだせることは、先進的法律文化を移植することにおける、その成功した経験は、中国固有の法制文明と融合させることを要求しており、また、これを本土化させることも求められているのである。このような移植が西洋化でもあり、中国化でもある。また世界的であり、民族的でもあり、矛盾でもあり、統一でもある。これこそが中国における法律近代化への型転換運動の弁証規則なのである。

## 注

〈1〉 譚嗣同『仁学』。

〈2〉 嚴復訳『孟德斯鳩法意』（モンテスキュー…法の精神）上、第六卷第一十六章序言、商務印書館、一九八一年、一三三頁。

〈3〉 梁啓超「中国法理学発達史論」『飲冰室合集』第二冊・文集十五。

〈4〉 康有為「上清帝第六書」。

〈5〉 章太炎「代議然否論」。

〈6〉 有賀長雄「共和憲法持久策」。初出は『北京法学会雑誌』第一卷第八号、一九一三年一〇月一五日。再録は王健編『西法東漸——外国人與中国法の近代変革』中国政法大学出版社、二〇〇一年、九六頁。

〈7〉 有賀長雄「革命時統治權移転之本末」。初出は『北京法学会雑誌』第一卷第八号、一九一三年一〇月一五日。再録は王健編『西法東漸——外国人與中国法の近代変革』一〇〇頁。

〈8〉 パウンド「論中国憲法」王健編『西法東漸——外国人與中国法の近代変革』一二三頁を参照。

〈9〉 パウンド「以中国法為基礎的比較法和歴史」王健編『西法東漸——外国人與中国法の近代変革』七九―八五頁を参照。